

# VU Research Portal

## Coronacrisis als escape van bestuurdersaansprakelijkheid ex. artikel 2:138/248 lid 2 BW?

Brink-van der Meer, J.E.

### ***published in***

Tijdschrift voor Jaarrekeningenrecht  
2020

### ***document version***

Publisher's PDF, also known as Version of record

### ***document license***

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Brink-van der Meer, J. E. (2020). Coronacrisis als escape van bestuurdersaansprakelijkheid ex. artikel 2:138/248 lid 2 BW? *Tijdschrift voor Jaarrekeningenrecht*, 2020(2), 67-71. [16142].  
<https://denhollander.info/artikel/16142>

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# Coronacrisis als escape van bestuurdersaansprakelijkheid ex. art. 2:138/248 lid 2 BW?

mr. dr. J.E. Brink-van der Meer<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

Als gevolg van de coronacrisis zullen dit jaar naar verwachting veel bedrijven failliet gaan. Er wordt een 'golf aan coronafaillissementen' verwacht. 'Bedrijven in de horeca, sierteelt en evenementenbranche zullen massaal omvallen'.<sup>2</sup> De kans is groot dat een aanmerkelijk deel van deze bedrijven de publicatieplicht van hun jaarrekening in de periode voor het faillissement niet is nagekomen. De jaarrekening openbaar maken staat bij veel (mkb) bedrijven namelijk laag op de prioriteitenlijst, helemaal indien sprake is van een economisch moeilijk klimaat.<sup>3</sup> Slechts 43% van de publicatieplichtige bedrijven had begin 2018 zijn jaarrekening over 2016 binnen de geldende termijn bij de Kamer van Koophandel openbaar gemaakt.<sup>4</sup>

Het niet (tijdig) openbaar maken van de jaarrekening kan verstrekende gevolgen hebben. Indien sprake is van een faillissement van een NV of BV<sup>5</sup> én komt vast te staan dat het bestuur van de NV of BV de administratieplicht van art. 2:10 BW of de publicatieplicht van art. 2:394 BW in de drie jaar voorafgaand aan het faillissement niet is nagekomen, dan staat onweerlegbaar vast dat sprake is van onbehoorlijke taakvervulling (art. 2:138/248 lid 2 jo. lid 6 BW). De bestuurder kan zich op twee ont-

snappingsroutes beroepen tegen dit onweerlegbare vermoeden van onbehoorlijk bestuur: (i) het weerleggen van het wettelijk vermoeden dat het kennelijk onbehoorlijk bestuur ('KOB') een belangrijke oorzaak is van het faillissement, of (ii) aantonen dat sprake is van een onbelangrijk verzuim. Daarnaast kan hij zich disculperen of een beroep doen op matiging (art. 2:138/248 lid 3 en 4 BW).

Voor het ontzenuwen van het bewijsvermoeden dat het KOB een belangrijke oorzaak is van het faillissement, volstaat dat de aangesproken bestuurder aannemelijk maakt dat andere feiten of omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Van Andel vroeg zich naar aanleiding van de economische crisis in het eerste decennium van deze eeuw af hoe crisisbestendig de hierboven geschetste vermoedens zijn.<sup>6</sup> Hij betoogt in dit verband 'dat bestuurders nog nooit zo'n makkelijke escape hebben gehad als in deze barre economische tijden: de omzetting in 2009 als gevolg van de economische crisis was zonder precedent en daartegen was nu eenmaal geen (sanerings)kruid gewassen'. Trekken we dit betoog door naar het heden, dan zou een bestuurder die wordt aangesproken op grond van art. 2:138/248 lid 2 BW gemakkelijk de dans kunnen ontspringen met een beroep op de coronacrisis. In deze bijdrage sta ik stil bij de vraag of de coronacrisis inderdaad een escape van bestuurdersaansprakelijkheid in de zin van art. 2:138/248 lid 2 BW is. Daartoe zal ik in paragraaf 2 eerst kort het onweerlegbare vermoeden uitwerken. In paragraaf 3 ga ik in op het weerlegbare bewijsvermoeden, hetgeen ik in paragraaf 4 in verband breng met de coronacrisis. Ik sluit af met een conclusie.

## 2. Onweerlegbaar vermoeden: niet voldaan aan administratie- of publicatieplicht

Indien de curator aantoonbaar dat het bestuur van een NV of BV de administratieplicht van art. 2:10 BW of de publicatieplicht van art. 2:394 BW niet is nageko-

1. Annelies Brink-van der Meer is werkzaam bij de Vrije Universiteit als docent ondernemingsrecht en is fellow van het Zuidas instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht (ZIFO). Annelies is lid van de redactie van Tijdschrift voor Jaarrekeningenrecht. Deze bijdrage is geactualiseerd tot en met 30 april 2020. Met ontwikkelingen na die datum is geen rekening gehouden.
2. Het *Financieele Dagblad* 30 maart 2020 'Kredietverzekeraars verwachten golf aan coronafaillissementen'.
3. Y. Borrius, 'Schending publicatieplicht: bewijsvermoeden te beteugelen?', in: P.W. e.a. Schreurs (red.), *De Gereedschapskist van de Curator. Insolad Jaarboek*, Deventer: Wolters Kluwer 2015/2.
4. Het *Financieele Dagblad* 7 november 2018 'Bedrijven vaak te laat met deponeren jaarrekening'.
5. In deze bijdrage wordt niet ingegaan op stichtingen, verenigingen en coöperaties. Tevens wordt niet stilgestaan bij de wijzigingen in het kader van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen, omdat deze niet relevant zijn voor de in deze bijdrage te bespreken hoofdvraag.

6. W.J.M. van Andel, 'Hoe crisisbestendig is art. 2:138/248 lid 2 BW?', *TvI* 2010/1.

men, staat onweerlegbaar vast dat het bestuur zijn taak over de 'gehele linie' kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld. Er is alsdan sprake van een 'verondersteld (geabstraheerd)' KOB door het bestuur.<sup>8</sup> De aangesproken bestuurder heeft niet de mogelijkheid het KOB te weerleggen.

## 2.1. Administratieplicht

De administratie moet zodanig zijn, dat daaruit te allen tijde de rechten en verplichtingen van de vennootschap kunnen worden gekend (art. 2:10 BW). De vraag of is voldaan aan de eisen van art. 2:10 BW blijft de gemoederen bezighouden, omdat geen sprake is van een eenduidige definitie. Ik sluit mij aan bij Harmsen, die stelt dat 'een adequate administratie moet voldoen aan de eisen van duidelijkheid, betrouwbaarheid en controleerbaarheid en bestaat niet alleen uit de financiële gegevens (van oudsher aangeduid met boekhouding) maar ook uit niet-financiële gegevens die betrekking hebben op de vermogensbestanddelen en alles betreffende de werkzaamheden van de rechtspersoon'.<sup>9</sup>

## 2.2. Publicatieplicht

Uiterlijk 12 maanden na afloop van een boekjaar dient een rechtspersoon haar jaarrekening, bestuursverslag en overige gegevens (art. 2:394 jo. 2:392 BW)<sup>10</sup> openbaar te maken door deze stukken neer te leggen bij het handelsregister van de Kamer van Koophandel. De termijn is als volgt opgebouwd: binnen 5 maanden na afloop van een boekjaar moet de jaarrekening worden opgemaakt (art. 2:101/210 BW). Deze termijn kan eenmalig met 5 maanden door de algemene vergadering worden verlengd op grond van bijzondere omstandigheden.<sup>11</sup> Is de jaarrekening niet binnen 2 maanden na afloop van deze termijn vastgesteld, dan dient het bestuur onverwijld de opgemaakte jaarrekening openbaar te maken (art. 2:394 lid 2 BW). Er wordt

in jurisprudentie uitgegaan van de maximale openbaarmakingstermijn van twaalf maanden.<sup>12</sup>

De Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid<sup>13</sup> (hierna: 'Noodwet') bevat de volgende afwijking van art. 2:138/248 lid 2 BW met betrekking tot de publicatieplicht: 'In afwijking van artikel 138/248 lid 2 wordt een verzuim van de verplichting uit artikel 394 tot openbaarmaking van de jaarrekening die betrekking heeft op het meest recente afgesloten boekjaar niet in aanmerking genomen, indien dat te wijten is aan de gevolgen van de uitbraak van COVID-19'.<sup>14</sup> In de memorie van toelichting worden de volgende voorbeelden van dergelijke gevolgen genoemd: het uitstel van een algemene vergadering, het niet kunnen opstellen van de jaarrekening of het controleren van de jaarrekening door een accountant. Zie de bijdrage van A.N. Krol en Q.H. van Vliet in dit nummer over uitstel en ontheffing van de opmaak en vaststelling van de jaarrekening. Indien er sprake is van gevolgen van de uitbraak van het coronavirus geldt het niet-tijdig openbaar maken niet als een onweerlegbaar vermoeden van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling. De aangesproken bestuurder dient echter wel aan te tonen dat het verzuim van de publicatieplicht te wijten is aan de gevolgen van de uitbraak van het coronavirus. Daarnaast wordt het bestuur wel geacht aan de administratieplicht van art. 2:10 BW te kunnen voldoen, ondanks het coronavirus. Hiervoor blijft het onweerlegbaar vermoeden gelden.<sup>15</sup>

## 3. Weerlegbaar vermoeden: andere belangrijke oorzaak van faillissement

Naast het onweerlegbare vermoeden van KOB, is sprake van een weerlegbaar bewijsvermoeden. Er wordt vermoed dat het faillissement in belangrijke mate is veroorzaakt door het veronderstelde (geabstraheerde) KOB (over de gehele linie).<sup>16</sup> Dit betreft een wettelijk causaal vermoeden. Een aangesproken bestuurder kan het vermoeden dat het KOB een belangrijke oorzaak is van het faillissement ontzenuwen door aannemelijk te maken dat andere feiten of omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. De Hoge Raad heeft

7. HR 30 november 2007, RO 2008, 8, NJ 2008, 91 (*Blue Tomato*) en Borrius (2015), § 2.2 Wet en wetsgeschiedenis.

8. C. de Groot, 'The Law BV': heeft het bewijsvoordeel in artikel 2:138 lid 2/248 lid 2 BW zijn langste tijd gehad?', *MvO* 2016, nr. 5/6, p. 132.

9. C.M. Harmsen, *Administratieplicht en aansprakelijkheid voor het boedeltkort*, *OeR* nr. 115, 2019/ § 75.6 & 7.7.

10. Tenzij deze gezien de omvang van de vennootschap niet openbaar gemaakt behoeven te worden (art. 2:395 a, 396 en 397 BW), sprake is van een ontheffing (art. 2:210 lid 7 BW) of toepassing van art. 2:403 BW. Het bestuursverslag mag ook ten kantore van de rechtspersoon ter inzage worden gehouden. Indien sprake is van een beursvennootschap moet binnen vier maanden na afloop van het boekjaar de opgemaakte jaarlijkse financiële verslaggeving algemeen verkrijgbaar worden gesteld.

11. Op grond van art. 8 en 16 van de Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid (zie voetnoot 13) kan de termijn door het bestuur worden verlengd met ten hoogste vijf maanden.

12. HR 11 juni 1993, NJ 1993, 713 (*Brens qq/Sarper*) en Borrius (2015), § 2.3 Uitlegeregels jurisprudentie lid 2 en Harmsen (2015), § 3.3.2 Art. 2:394 lid 3 BW.

13. Wet Tijdelijke voorzieningen op het terrein van het Ministerie van Justitie en Veiligheid in verband met de uitbraak van COVID-19. De wet is op 21 april 2020 aangenomen door de Eerste Kamer. De maatregelen op het gebied van het rechtspersonenrecht hebben terugwerkende kracht tot 16 maart 2020, behoudens de bepalingen inzake onbehoorlijk bestuur (art. 15 en 22), die op 24 april 2020 in werking zijn getreden.

14. Art. 15 en 22 Noodwet.

15. Memorie van toelichting bij Noodwet, *Kamerstukken II* 2019/20, 35434, 3, p. 10.

16. De Groot (2016), p. 132.

in de uitspraak inzake *Van Schilt Bouwmaterialen*<sup>17</sup> overwogen dat voor weerlegging van het vermoeden van art. 2:248 lid 2 BW niet noodzakelijk is dat bewezen wordt dat het onbehoorlijk bestuur niet mede een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement, doch slechts dat aannemelijk wordt gemaakt dat andere feiten of omstandigheden (ook) een belangrijke oorzaak zijn geweest. Er dient sprake te zijn van oorzaken die het faillissement onvermijdelijk tot gevolg hebben gehad, dan wel het faillissement in overwegende mate hebben veroorzaakt. Hierbij kan ook sprake zijn van een niet volledig buiten het bestuur gelegen oorzaak.

Indien een bestuurder aannemelijk maakt dat andere feiten of omstandigheden, dan zijn onbehoorlijke taakvervulling, een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest, is hij er vaak nog niet. De curator kan zich vervolgens namelijk op het standpunt stellen dat de door de bestuurder ingeroepen van buiten komende oorzaak op zichzelf onbehoorlijke taakvervulling oplevert. Een richtinggevende uitspraak met betrekking tot de deze problematiek is de *Blue Tomato*-uitspraak.<sup>18</sup> In deze uitspraak komt de Hoge Raad tot een stappenplan met betrekking tot de toepassing van art. 2:248 lid 2 BW indien de bestuurder zich op een van buiten komende oorzaak beroept en de curator de bestuurder verwijten maakt terzake. Het stappenplan komt hierop neer:

1. de curator beroept zich op art. 2:248 lid 2 BW vanwege schending van de administratie- of publicatieplicht;
2. de bestuurder maakt vervolgens aannemelijk dat sprake is van een van buiten komende oorzaak die ten grondslag ligt aan het faillissement en tracht hiermee het vermoeden te weerleggen dat de onbehoorlijke taakvervulling van 1) een belangrijke oorzaak is van het faillissement;
3. de curator maakt de bestuurder op zijn beurt verwijten over het intreden van de oorzaak van 2);
4. de bestuurder stelt tot slot (en maakt aannemelijk) dat zijn handelen of nalaten terzake de van buiten komende oorzaak geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert.

Zolang de curator zich niet beroept op (3), kan de bestuurder volstaan met het aannemelijk maken van iedere van buiten komende oorzaak, welke oorzaak natuurlijk wel onvermijdelijk het faillissement tot gevolg moet hebben gehad dan wel het faillissement in overwegende mate moet hebben veroorzaakt teneinde het vermoeden daadwerkelijk te weerleggen. Pas als de curator de bestuurder verwijten maakt over het intreden van die 'andere' oorzaak, moet de bestuurder verder gaan en meer aannemelijk maken. Indien de bestuurder daarin slaagt, kan de vordering op grond van art. 2:248 lid

2 BW niet toegewezen worden en rest de curator slechts een vordering op grond van art. 2:248 lid 1 BW. Volgens dit criterium is van een kennelijke onbehoorlijke taakuitoefening in de zin van art. 2:248 BW slechts sprake indien geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus gehandeld zou hebben.

Deze problematiek is vrij recent aan de orde gekomen in de uitspraak van de Hoge Raad inzake *The Law BV*.<sup>19</sup> Twee advocaten oefenden het beroep uit door middel van hun praktijkvennootschappen, die samen een kostenmaatschap zijn aangegaan. De maatschap is ontbonden en de praktijkvennootschap van één van de twee advocaten (*The Law BV*) is door de rechter hoofdelijk aansprakelijk geoordeeld voor de verplichtingen uit de huurovereenkomst met de maatschap. *The Law BV* faillieert en de bestuurder wordt door de curator aansprakelijk gesteld voor het boedeltekort. De jaarrekening van *The Law BV* is niet tijdig openbaar gemaakt. Hiermee staat onweerlegbaar vast dat sprake is van KOB. Ter ontzenuwing van het vermoeden dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement van *The Law* is geweest, voert de bestuurder twee andere belangrijke oorzaken aan die tot het faillissement van *The Law BV* zouden hebben geleid. Allereerst beroept de bestuurder zich op het feit dat de *The Law BV* hoofdelijk aansprakelijk bleek te zijn voor de schulden uit een huurovereenkomst in plaats van (zoals de bestuurder had verondersteld) gedeeltelijk. Ten tweede stelt de bestuurder dat de tegenvallende omzetten van een BV waarmee *The Law BV* in een maatschap was verbonden erin hadden geresulteerd dat *The Law BV* die huurschulden volledig moest betalen. De Hoge Raad oordeelt in lijn met de *Blue Tomato*-uitspraak dat indien aan een bestuurder met betrekking tot de aannemelijk gemaakte andere faillissementsoorzaken verwijten worden gemaakt, die moeten kwalificeren als kennelijk onbehoorlijk bestuur. De in deze casus aangedragen omstandigheden zijn echter onvoldoende ernstig en zwaarwegend van aard om in die sleutel te kunnen worden geplaatst. Er is meer nodig dan fouten, misrekeningen of achteraf beschouwd onjuiste beoordelingen.<sup>20</sup>

17. HR 20 oktober 2006, NJ 2007, 2 (*Van Schilt Bouwmaterialen*).

18. HR 30 november 2007, RO 2008, 8, NJ 2008, 91 (*Blue Tomato*).

19. HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:233, JOR 2016/223.

20. In lijn met annotatie Y. Borrius bij Hoge Raad 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:233, JOR 2016/223. Zie tevens: C.M. Harmsen, noot bij HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:233, RvdW 2016/282, *INS Updates Insolventierecht* 2016/0084 (*The Law BV*). Anders: De Groot (2016), die stelt dat bestuurder in wezen het KOB als zodanig ter discussie stelde. 'Doordat de Hoge Raad de bestuurder die was aangesproken op grond van artikel 2:248 lid 2 BW wel de mogelijkheid gaf het KOB als zodanig ter discussie te stellen, verliest het bewijsvoordeel dat de curator kan ontnemen aan artikel 2:138 lid 2/248 lid 2 BW veel van zijn betekenis'.



#### 4. Coronacrisis als andere belangrijke oorzaak van het faillissement

Kan een bestuurder het wettelijke causaal vermoeden ontzenuwen door een beroep te doen op de coronacrisis? Onderzoek naar recente jurisprudentie<sup>21</sup> levert het volgende beeld op. Bij een beroep op een van buiten komende oorzaak wordt veelvuldig een beroep gedaan op feiten of omstandigheden van economische aard, zoals een economische crisis, recessie of gewijzigde marktomstandigheden. Daarbij kan in ieder geval niet worden volstaan met blote stellingen. Er moeten specifieke feiten en omstandigheden worden aangedragen die het aannemelijk maken dat de genoemde externe omstandigheden een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest.<sup>22</sup> Dit betekent concreet dat de bestuurder in beeld moet brengen wat de gevolgen van de crisis zijn voor de desbetreffende onderneming.

Dit volgt ook uit een uitspraak van de rechtbank Rotterdam, waarin acht – niet nader onderbouwde – van buiten komende oorzaken, waaronder de wereldwijde economische recessie, van tafel worden geveegd. De rechtbank overweegt in dit verband dat alle aangedragen oorzaken tot het gebruikelijke ondernemersrisico behoren. De omstandigheden komen dan ook voor rekening en risico van de ondernemer en kunnen niet worden aangemerkt als een van buiten komende oorzaak van het faillissement. Daarbij weegt zwaar dat de aangesproken bestuurder niet heeft toegelicht waarom andere bedrijven binnen de branche wel hebben kunnen voortbestaan en het betreffende bedrijf nu juist niet. Het algemene argument dat het 'kommer en kwel' was binnen de markt waarbinnen het bedrijf opereerde wordt terzijde geschoven, nu niet is aangevoerd dat de aangesproken bestuurder er alles aan heeft gedaan om het tij te keren binnen de vennootschap.<sup>23</sup> Hieruit volgt dat de bestuurder ook moet onderbouwen wat hij heeft ondernomen om de genoemde oorzaken te voorkomen dan wel weg te nemen. Slaagt hij hier niet in, dan dient te bestuurder duidelijk te maken waarom het nalaten daarvan geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert.<sup>24</sup>

Voorbeelden van een geslaagd beroep op feiten of omstandigheden van economische aard zijn:

1. de economische crisis in combinatie met het afhaken van een nieuwe participant die zou zorgen voor een noodzakelijke kapitaalinjectie;<sup>25</sup>
2. algehele malaise in de meubelbranche met een uitvoerige onderbouwing van de pogingen die de bestuurder heeft ondernomen om de onder-

neming te redden;<sup>26</sup>

3. de economische crisis in combinatie met concurrentie en onbereikbaarheid van een winkel door werkzaamheden;<sup>27</sup>
4. de kredietcrisis en gewijzigde omstandigheden in de ICT-markt, met als gevolg een verminderde vraag naar de diensten van de rechtspersoon; tevens is onderbouwd hoe de bestuurders hebben getracht het tij te keren en kosten te besparen.<sup>28</sup>

Wat opvalt is dat de curator bij casus (1), (2) en (3) het verweer niet (of onvoldoende) inhoudelijk heeft weersproken of weerlegd. Bij (4) tracht de curator vervolgens op de voet van art. 2:138/248 lid 1 BW aannemelijk te maken dat onbehoorlijk bestuur mede een belangrijke oorzaak was van het faillissement, doch slaagt hier niet in. Als kanttekening bij dit overzicht merk ik op dat de aangehaalde rechtspraak zeer casuïstisch is. Daarnaast lijken lagere rechters vanwege de verstrekkende gevolgen van art. 2:138/248 lid 2 BW op zoek naar – gegeven het feitencomplex – billijke uitspraken.<sup>29</sup>

Resteert de vraag of het voor de slagingskans uitmaakt of art. 2:10 BW dan wel art. 2:394 BW is geschonden? Temeer omdat er veel kritiek is op de wettelijke koppeling van 'geen of te late' openbaarmaking aan de fictie van KOB. Het onweerlegbare vermoeden van algeheel KOB indien alleen de publicatieplicht niet is nageleefd, wordt gezien als een te zware sanctie.<sup>30</sup> Bij de parlementaire behandeling ten aanzien van de invoering van art. 2:138/248 BW is opgemerkt dat indien alleen de publicatieplicht is verwaarloosd, de bestuurders gemakkelijker het in art. 2:138/248 lid 2 BW bedoelde tegenbewijs kunnen leveren dan indien zowel de publicatieplicht als de

21. Vanaf 2013.

22. Rb. Den Haag 28 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:8601, JOR 2016/227. Zie tevens: Hof Den Bosch 23 mei 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1902, JOR 2019/237.

23. Rb. Rotterdam 22 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA2987, r.o. 4.6.

24. Zie tevens: Borrius (2015), § 2.6 Instrumenten ter mitigering in rechtspraak.

25. Rb. Gelderland 19 januari 2019, JOR 2019/93.

26. Rb. Den Haag 10 mei 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:4944, JOR 2016/228, m.nt. T. Salemink.

27. Rb. Rotterdam 30 april 2014, NJF 2014/ 321.

28. Rb. Midden-Nederland d.d. 12 november 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:5610 (*Icarus*).

29. Ik verwijs in dit verband naar J.E. Brink-van der Meer, 'Artikel 2:138-248 BW: Een loterij? Recente ontwikkelingen in jurisprudentie', *TvI* 2009, nr. 5, p. 145-155. Er is in de afgelopen tien jaar op dit gebied naar mijn idee niet veel veranderd.

30. Vooralsnog heeft alle kritiek nog niet geleid tot een wetswijziging, ik volsta daarom met een verwijzing naar relevante literatuur. Borrius (2015), C.M. Harmen, 'Artikel 2:248 lid 2 BW: botte bijl of vlijmscherp mes?' in: P.W. e.a. Schreurs (red.), *De Gereedchapskist van de Curator. Insolad Jaarboek*, Deventer: Wolters Kluwer 2015/23, M.J. Kroeze en J.B. Wezeman, 'De openbaarmakingsplicht en aansprakelijkheid in faillissement', in: *Verantwoording aan Hans Beckman*, Deventer: Kluwer 2006, H. Beckman, 'Administratie en openbaarmaking van de jaarrekening in het licht van de boedelaansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen', *TVVS* 1998, M.L. Lennarts, *De twilight zone* (oratie UU), Deventer: Kluwer 2006, p. 22-23, J.B. Wezeman, 'Twintig jaar misbruikwetgeving, twintig jaar worstelen met ficties en vermoedens', uit: *De bewindvoerder, een octopus*, Deventer: Kluwer 2008, p. 93 en S.M. Bartman, 'Administratieplicht en Insolventiewet', *WPNR* 2009, 6783.

administratieplicht is geschonden.<sup>31</sup> Lezenswaardig in dit verband is de uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland d.d. 3 maart 2013.<sup>32</sup> De rechtbank stelt eerst vast dat sprake is van een schending van art. 2:394 BW. Daarna wordt alsnog vastgesteld of tevens sprake is van een schending van art. 2:10 BW. De rechtbank merkt in dit verband op dat art. 2:248 lid 2 BW geen cumulatieve schending van art. 2:394 BW en art. 2:10 BW als voorwaarde stelt om een onbehoorlijke taakvervulling te kunnen aannemen. De rechtbank ziet desondanks aanleiding om ook op de door de curator gestelde schending van art. 2:10 BW in te gaan. De rechtbank verwijst hierbij naar de parlementaire geschiedenis. Na geconcludeerd te hebben dat de administratieplicht niet is geschonden, honoreert de rechtbank een beroep op de gewijzigde vraag op de markt en de economische recessie als (belangrijkste) oorzaak van het faillissement. De rechtbank lijkt hier op zoek te zijn geweest naar legitimatie voor de zware sanctie en komt vervolgens – bij gebreke daaraan – tot een redelijk oordeel. Borrius merkt op dat een quick scan van lagere gepubliceerde jurisprudentie uitwijst dat een bestuurder die niet aan de publicatieplicht heeft voldaan regelmatig over de horde van art. 2:138/248 lid 2 BW struikelt.<sup>33</sup> Dit beeld wordt bevestigd in de door mij bestudeerde jurisprudentie. Wat hierbij opvalt is dat bestuurders vaak volstaan met blote stellingen. Dit doet Bartman in zijn annotatie bij een uitspraak van Hof Arnhem-Leeuwarden verzuchten: *‘Voor wat betreft het causaliteitsverweer blijft het bij het weinig gespecificeerde beroep op “de economische recessie”, maar enige poging tot nadere concretisering ontbreekt. In de voorlaatste zinsnede van r.o. 3.8 lijkt er zelfs enige wanhoop in de woorden van het hof door te klinken: had ons tenminste wat cijfers over en toelichting bij de omzet en resultaten van de matrassenhandel in de afgelopen jaren gegeven!’*<sup>34</sup> De afwijking van art. 2:138/248 lid 2 BW met betrekking tot de publicatieplicht, zoals opgenomen in de Noodwet, zal er vermoedelijk voor zorgen dat de bestuurder die niet aan de publicatieplicht heeft voldaan minder snel over de horde van art. 2:134/248 lid 2 BW struikelt. De bestuurder zal echter wel moeten aantonen dat het verzuimen van de publicatieplicht te wijten is aan de gevolgen van het coronavirus. Daarnaast heeft de afwijking slechts betrekking op het meest recente afgesloten boekjaar.

Wat betekent dit nu in concreto? Neem het geval van een horecazaak, waar de publicatieplicht niet is nageleefd. Er is daarnaast – in de periode voor de coronacrisis en daarna – sprake van een ‘foute’ bestuurder en ‘mismanagement’. Door de coronacrisis moet de horecazaak sluiten. Binnen afzienbare tijd na het afbouwen van de coronamaatregelen

faillieert de horecazaak. Gaat de bestuurder in dat geval vrijuit na een goed onderbouwd beroep op de coronacrisis? Gelukkig niet. De bestuurder gaat alleen vrijuit voor zover de vordering is gebaseerd op art. 2:138/248 lid 2 BW. De curator kan zich echter alsnog volgens het ‘Blue Tomato stappenplan’ beroepen op kennelijk onbehoorlijke taakuitoefening in de zin van art. 2:138/248 lid 1 BW. Daarnaast kan de curator de bestuurder aanspreken op grond van art. 2:9 BW dan wel 6:162 BW.

## 5. Conclusie

Er wordt een golf aan coronafaillissementen verwacht, waarbij de kans groot is dat een aanmerkelijk deel van deze rechtspersonen de publicatieplicht van hun jaarrekening in de periode van drie jaar voor het faillissement niet heeft nageleefd. Er staat alsdan onweerlegbaar vast dat het bestuur zijn taak over de ‘gehele linie’ kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en er is sprake van een weerlegbaar bewijsvermoeden dat het KOB een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Ten aanzien van het onweerlegbare vermoeden bevat de Noodwet een afwijking van art. 2:138/248 lid 2 BW met betrekking tot de publicatieplicht, indien het verzuim is te wijten is aan de gevolgen van de uitbraak van het coronavirus. Deze afwijking heeft slechts betrekking op het meest recente afgesloten boekjaar. Ik maak hierbij de kanttekening dat 57% van de publicatieplichtige bedrijven vóór de coronacrisis al niet aan de publicatieplicht voldeed. Het onweerlegbaar vermoeden blijft overigens gelden met betrekking tot de administratieplicht van art. 2:10 BW, ook in de coronacrisis.

Om het weerlegbare bewijsvermoeden te ontzenuwen, moet de aangesproken bestuurder aannemelijk maken dat andere feiten of omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Indien de bestuurder zich in dit verband beroept op de coronacrisis levert dit niet een vanzelfsprekende escape op. Vast staat dat er in ieder geval niet kan worden volstaan met blote stellingen. Er moeten specifieke feiten en omstandigheden worden aangedragen die het aannemelijk maken dat de genoemde externe omstandigheden een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. De bestuurder moet daarbij concreet in beeld brengen wat de gevolgen van de coronacrisis zijn voor de desbetreffende onderneming. Het lijkt voor de bewijslast niet uit te maken of sprake is van een cumulatieve schending van art. 2:394 BW en art. 2:10 BW of een schending van slechts één van de twee verplichtingen. Bij voldoende concretisering van de fatale gevolgen van de coronacrisis voor de onderneming heeft de bestuurder vermoedelijk een ‘makkelijke’ escape van bestuurdersaansprakelijkheid in de zin van art. 2:138/248 lid 2 BW. Dit betekent echter gelukkig niet dat een ‘foute’ bestuurder dan vrijuit gaat, de curator heeft nog voldoende mogelijkheden om een ‘foute’ bestuurder aan te pakken.

31. Kamerstukken I 1985/86, 16631, 27b, p. 13.

32. Rb. Noord-Nederland 3 maart 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ6198.

33. Borrius (2015), § 2.6 Instrumenten ter mitigering in rechtspraak.

34. Hof Arnhem-Leeuwarden 19 februari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:1568, JOR 2019/101.